

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Note sous C.J.C.E. (4e ch.), 22 décembre 2008**

Defreyne, Elise

*Published in:*  
Auteurs et Média

*Publication date:*  
2009

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Defreyne, E 2009, 'Note sous C.J.C.E. (4e ch.), 22 décembre 2008', *Auteurs et Média*, Numéro 3, p. 289-291.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

warrant similar Convention protection to that afforded to the press.

28. *The subject matter of the instant dispute was the constitutionality of criminal legislation concerning drug-related offences. In the Court's view, the submission of an application for an a posteriori abstract review of this legislation, especially by a Member of Parliament, undoubtedly constituted a matter of public interest. Consequently, the Court finds that the applicant was involved in the legitimate gathering of information on a matter of public importance. It observes that the authorities interfered in the preparatory stage of this process by creating an administrative obstacle. The Constitutional Court's monopoly of information thus amounted to a form of censorship. Furthermore, given that the applicant's intention was to impart to the public the information gathered from the constitutional complaint in question, and thereby to contribute to the public debate concerning legislation on drug-related offences, its right to impart information was clearly impaired.*

29. *There has therefore been an interference with the applicant's rights enshrined in Article 10 § 1 of the Convention».*

Ondanks deze beoordeling in het kader van art. 10 E.V.R.M. wil het Hof toch niet gezegd hebben dat op basis van art. 10 E.V.R.M. een algemeen recht op toegang tot bestuursdocumenten bestaat, hoewel het Hof, schoorvoetend lijkt het wel, blijkbaar een opening wil creëren in die richting: «*The Court recalls at the outset that "Article 10 does not (...) confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual" (...) and that "it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents" (...). Nevertheless, the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of "freedom to receive information" (...) and thereby towards the recognition of a right of access to information» (§ 35). Het Hof kiest ervoor om de nadruk te leggen op het recht van het publiek om informatie te ontvangen: «*the Court notes that "the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him" (...). It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents» (§ 36). In deze zaak gaat het toch vooral om een overheid die over documenten beschikt en door de**

weigering deze publiek beschikbaar te stellen een obstakel opwerpt voor het recht op informatie van het publiek. Volgens het Hof gaat het dus eerder om een overheid die een (negatieve) verplichting niet nakomt, «*an obligation not to impede the flow of information»: «the State's obligations in matters of freedom of the press include the elimination of barriers to the exercise of press functions where, in issues of public interest, such barriers exist solely because of an information monopoly held by the authorities. The Court notes at this juncture that the information sought by the applicant in the present case was ready and available (...) and did not require the collection of any data by the Government. Therefore, the Court considers that the State had an obligation not to impede the flow of information sought by the applicant» (§ 36).*

Het Hof heeft er geen moeite mee om te erkennen dat de weigering om het document aan TASZ beschikbaar te stellen voorzien was bij wet en een legitiem doel nastreefde. De knoop zit hem andermaal in de voorwaarde van de noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Maar ook op dit punt maakt het Hof kortweg brandhout van de weigeringsgrond die door de Hongaarse autoriteiten werd ingeroepen. Volgens het Hof gaat het niet op om bepaalde meningen van een politicus, vertolkt in een verzoekschrift aan het Grondwettelijk Hof in verband met een zaak van maatschappelijk belang onder bescherming te plaatsen van het recht op privacy of de bescherming van persoonsgegevens van deze politicus.

«*37. The Court observes that the applicant had requested information about the constitutional complaint eventually without the personal data of its author. Moreover, the Court finds it quite implausible that any reference to the private life of the MP, hence to a protected private sphere, could be discerned from his constitutional complaint. It is true that he had informed the press that he had lodged the complaint, and therefore his opinion on this public matter could, in principle, be identified with his person. However, the Court considers that it would be fatal for freedom of expression in the sphere of politics if public figures could censor the press and public debate in the name of their personality rights, alleging that their opinions on public matters are related to their person and therefore constitute private data which cannot be disclosed without consent. These considerations cannot justify, in the Court's view, the interference of which complaint is made in the present case.*

38. *The Court considers that obstacles created in order to hinder access to information of public interest may discourage those*

*working in the media or related fields from pursuing such matters. As a result, they may no longer be able to play their vital role as «public watchdogs» and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected (...).*

De weigering tot openbaarmaking van het bewuste document was volgens het Hof dus van aard om de rol van de pers en NGO's als publieke waakhond te hinderen en het bemoeilijkt hun rol om correcte en betrouwbare informatie beschikbaar te stellen aan het publiek, terwijl er geen rechtvaardiging bestond voor deze 'overheidsinmenging'. Een inbreuk dus op art. 10 E.V.R.M.

Dirk Voorhoof

C.J.C.E. (4<sup>e</sup> ch.)  
22 décembre 2008

Siège: Lenaerts (prés.),  
von Dantwitz, Silva de  
Lapuerta, Arestis (rapp.)  
et Malenovský (juges)

KABEL DEUTSCHLAND  
VERTRIEB UND SERVICE GmbH  
& Co (MM<sup>es</sup> Niemeyer et  
Spoerr) c. NIEDERSÄCHSISCHE  
LANDESMEDIENDANSTALT  
FÜR PRIVATEN RUNDEUNK

Aff. C-336/07

Must carry – Article 31  
de la directive «service  
universel» – Objectif d'intérêt  
général – Proportionnalité –  
Conséquences économiques  
déraisonnables – Services  
de télévision – Télé-achat

*L'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui impose au câble-opérateur d'intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes*

*et services de télévision qui sont déjà diffusés par voie terrestre, aboutissant ainsi à l'utilisation de plus de la moitié des chaînes disponibles sur ce réseau, et qui prévoit, en cas de pénurie de chaînes disponibles, un classement des candidats selon un ordre de priorité conduisant à l'utilisation de la totalité des disponibilités dudit réseau, pour autant que ces obligations n'engendrent pas des conséquences économiques déraisonnables, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.*

*La notion de «service de télévision», au sens de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/22, recouvre les services des organismes de radiodiffusion télévisuelle ou des fournisseurs de services de médias, tels que le télé-achat, pour autant que les conditions prévues à cette disposition sont réunies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.*

**Must carry – Artikel 31 Universeledienstrichtlijn – Doelstelling van algemeen belang – Evenredigheid – Onredelijke economische gevolgen – Televisiediensten – Televerkoop**

*Art. 31 § 1 Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) dient zo te worden geïnterpreteerd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling, zoals die in het geding, die de kabelexploitant oplegt om in zijn analoog kabelnetwerk de televisiekanalen en -diensten op te nemen die reeds via de ether verspreid worden, wat resulteert in het gebruik van meer dan de helft van de beschikbare kanalen op dat netwerk, en dat in het geval van een tekort aan beschikbare kanalen voorziet in een rangschikking van de kandidaten in volgorde van prioriteit, wat leidt tot het volledige gebruik van dit netwerk, op voorwaarde dat deze eisen niet leiden tot onredelijke economische gevolgen,*

*wat moet beoordeeld worden door de verwijzende rechter.*

*Het begrip «televisiediensten» in de zin van art. 31 § 1 Richtlijn 2002/22, heeft betrekking op de diensten van de televisieomroepen en de aanbieders van mediadiensten, zoals televerkoop, op voorwaarde dat aan de daarin vastgestelde voorwaarden wordt voldaan, wat moet beoordeeld worden door de verwijzende rechter.*

[...]

*Le litige au principal et la question préjudicielle*

12. Dans le *Land* de Basse-Saxe, Kabel Deutschland exploite des réseaux câblés dont il est propriétaire. Sur ces réseaux câblés, il dispose de trente-deux chaînes pouvant durablement faire l'objet d'une utilisation analogique.

13. Les trente-sept parties intervenantes dans le litige au principal sont des organismes de radiodiffusion télévisuelle ou des fournisseurs de services de médias («télé-médias»), certains d'entre eux fournissant des services de télé-achat (ci-après, ensemble, les «organismes de radiodiffusion»). Tous ces organismes de radiodiffusion intègrent leurs chaînes de télévision ou leurs services de télé-médias dans les réseaux câblés de Kabel Deutschland. Quelques-uns d'entre eux sont également diffusés par le réseau terrestre selon les normes de la télévision numérique hertzienne («Digital Video Broadcasting Terrestrial», ci-après le «DVB-T») dans certaines parties du *Land* de Basse-Saxe.

14. Par décision du 19 septembre 2005, la NLM, en qualité d'autorité compétente dans ce *Land*, a réglé l'attribution des trente-deux chaînes de télévision disponibles sur le réseau câblé analogique de Kabel Deutschland de la manière suivante: dix-huit chaînes ont été attribuées à des organismes de radiodiffusion dont les chaînes ont été qualifiées de «chaînes spécifiées» par le NMedienG étant donné qu'elles étaient déjà diffusées par le DVB-T; le bénéfice d'une autre chaîne a été accordé pour partie au Bürgerfernsehen (télévision des citoyens), également en tant qu'organisme diffusant un programme spécifié par cette loi sur des territoires déterminés; quant aux treize chaînes restantes, comme il y avait plus de candidats que de chaînes disponibles, la NLM a établi, conformément à l'ar-

ticle 37, § 2, du NMedienG, un classement par ordre de priorité des différents organismes de radiodiffusion.

15. Ce régime d'utilisation du câble a abouti à une utilisation de toutes les chaînes disponibles du réseau câblé analogique de Kabel Deutschland.

16. Ce dernier a introduit, devant le Verwaltungsgericht Hannover, un recours contre la décision du 19 septembre 2005, dans lequel il invoque l'incompatibilité des dispositions du NMedienG en matière d'utilisation du réseau câblé analogique avec l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel». Selon Kabel Deutschland, il convient de considérer comme illégale l'obligation, imposée par la NLM, d'intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes de télévision de certains organismes de radiodiffusion au motif que celles-ci sont déjà diffusées par le DVB-T dans de grandes parties du *Land* de Basse-Saxe et qu'elles devraient, dès lors, être rendues accessibles aux mêmes utilisateurs finals. Kabel Deutschland a également soulevé l'illégalité de l'obligation d'utiliser la totalité des disponibilités de son réseau câblé analogique lorsque, comme en l'espèce, il y a plus de candidats que de chaînes analogiques disponibles.

17. Par ailleurs, le 19 avril 2007, la NLM a remplacé la décision du 19 septembre 2005 par une décision analogue aboutissant également à l'utilisation de la totalité du réseau câblé analogique de Kabel Deutschland. À l'exception du changement de quelques organismes de radiodiffusion, cette dernière décision a le même contenu que celle à laquelle elle s'est substituée et, en outre, elle a fait l'objet d'un recours formé par Kabel Deutschland dans une nouvelle procédure qui a été suspendue sur demande des parties au principal.

[...]

*Sur les questions préjudicielles*

*Sur les première, deuxième et quatrième questions*

19. Par ses première, deuxième et quatrième questions, qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, d'une part, oblige le câblo-opérateur à intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes et ser-

vices de télévision qui sont déjà diffusés par voie terrestre, aboutissant ainsi à l'utilisation de plus de la moitié des disponibilités sur ce réseau, et, d'autre part, en cas de pénurie de chaînes, impose un classement des candidats selon un ordre de priorité qui conduit à l'utilisation de la totalité des chaînes disponibles dudit réseau.

20. À titre liminaire, il convient de relever que la directive «service universel» fait partie du cadre réglementaire commun des secteurs de télécommunications, des médias et des technologies de l'information, instauré par la directive-cadre et les directives particulières, au nombre desquelles figure la directive «service universel», ainsi qu'il ressort du cinquième considérant de la directive-cadre. Il s'ensuit que ce cadre réglementaire doit être pris en compte pour l'interprétation des dispositions de la directive «service universel».

21. Aux termes de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel», les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de «must carry», pour la transmission des chaînes ou des services de télévision spécifiés, aux entreprises exploitant des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions de télévision, lorsqu'un nombre significatif d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir de telles émissions. Cette disposition prévoit également que ces obligations ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes.

22. Afin que les États membres puissent imposer les obligations de *must carry*, la première phrase de ladite disposition exige que les chaînes de télévision soient spécifiées et qu'un nombre significatif d'utilisateurs finals utilisent les réseaux de communications électroniques comme moyens principaux pour recevoir des émissions de télévision.

23. Dans l'affaire au principal, il ressort de la décision de renvoi que le réseau câblé analogique remplit cette dernière condition étant donné que, en Allemagne, ce mode de transmission atteindrait environ 57% des ménages et constituerait donc le moyen de transmission le plus utilisé.

24. S'agissant du caractère spécifié des chaînes qui peuvent bénéficier du

statut de *must carry*, il ressort du libellé de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» que les États membres sont tenus d'indiquer de manière spécifique les chaînes auxquelles sera accordé le statut de *must carry*.

25. À cet égard, il convient de relever que l'article 37, § 1<sup>er</sup>, du NMedienG précise que le câble destiné à capter de manière analogique les programmes des chaînes de télévision doit permettre de capter au moins ceux qui sont admis pour la transmission par réseau terrestre. Conformément au paragraphe 2 du même article, la décision que l'autorité compétente est obligée de prendre, spécifie, en effectuant un classement des candidats par ordre de priorité, les chaînes que le câblo-opérateur est tenu de diffuser. Dès lors, de telles dispositions indiquent de manière spécifique les chaînes auxquelles sera accordé le statut de *must carry*.

26. La seule circonstance que l'application de la réglementation nationale aboutit à ce que le câblo-opérateur est contraint, d'une part, d'intégrer dans son offre, sur plus de la moitié des chaînes disponibles, les programmes diffusés par voie terrestre et, d'autre part, de confier toutes ses chaînes encore disponibles pour la transmission des programmes choisis, selon un ordre de priorité établi par l'autorité compétente, n'empêche pas de considérer ces obligations comme se rapportant à la transmission des chaînes de télévision «spécifiées» au sens de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel». En effet, en exigeant que les chaînes de télévision à transmettre soient «spécifiées», ladite directive ne vise pas à établir une condition quantitative.

27. Dans ces conditions, force est de constater que l'article 37 du NMedienG est conforme aux conditions imposées par l'article 31, § 1<sup>er</sup>, première phrase, de la directive «service universel», telles que rappelées au point 22 du présent arrêt.

28. S'agissant de la question de proportionnalité des obligations imposées, qui est soulevée par la juridiction de renvoi, il convient de rappeler que l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» exige que ces obligations soient raisonnables, proportionnées, transparentes et nécessaires pour garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt général clairement définis.

29. En effet, selon le quarante-troisième considérant de la directive «service universel», les États membres

devraient être en mesure d'imposer aux entreprises sous leur juridiction, en considération d'intérêts publics légitimes et uniquement lorsque cela est nécessaire pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis par eux conformément au droit communautaire, des obligations de diffuser qui devraient être proportionnées, transparentes et soumises à un réexamen périodique.

30. L'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» ne définissant pas les objectifs d'intérêt général poursuivis par l'obligation de transmettre des chaînes de télévision, leur définition incombe aux États membres, conformément au droit communautaire.

31. Pour apprécier la définition de ces objectifs d'intérêt général effectuée par les États membres et la proportionnalité des mesures prises pour la mise en œuvre de tels objectifs, il convient de tenir compte, comme il est rappelé au point 20 du présent arrêt, du cadre réglementaire commun des secteurs de télécommunications, des médias et des technologies de l'information.

32. Ainsi qu'il ressort du cinquième considérant de la directive-cadre, il est nécessaire de distinguer la réglementation de la transmission de celle des contenus. Selon ledit considérant, le cadre réglementaire communautaire ne s'applique pas au contenu radiodiffusé et, par conséquent, l'article 1<sup>er</sup>, § 3, de cette directive dispose que celle-ci ainsi que la directive «service universel» ne portent pas atteinte aux mesures prises au niveau national dans le respect du droit communautaire pour poursuivre des objectifs d'intérêt général, notamment en ce qui concerne la réglementation en matière de contenus et la politique audiovisuelle. Selon le sixième considérant de la directive-cadre, la politique audiovisuelle et la réglementation en matière des contenus sont mises en œuvre pour atteindre des objectifs d'intérêt général, tels que la liberté d'expression, le pluralisme des médias, l'impartialité, la diversité culturelle, l'intégration sociale, la protection des consommateurs et des mineurs.

33. Il convient de souligner, en particulier, l'importance de la liberté fondamentale de recevoir des informations dont les destinataires sont les utilisateurs finals et dont les États membres sont les garants en vertu de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de



l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

34. Il en découle que l'interprétation de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» ne saurait porter atteinte aux réglementations nationales qui, dans le respect du droit communautaire, poursuivent des objectifs d'intérêt général, notamment en ce qui concerne la réglementation relative aux contenus et à la politique audiovisuelle. Conformément à cette répartition de compétences, l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel», qui s'insère dans le chapitre IV de celle-ci, intitulé «Intérêts et droits des utilisateurs finals», n'instaure pas un droit, au profit du câblo-opérateur, de choisir les chaînes à diffuser, mais limite ce droit pour autant que celui-ci existe en vertu du droit national applicable.

35. Afin d'examiner la proportionnalité des obligations de diffuser découlant dudit article 31, § 1<sup>er</sup>, il y a lieu de constater que, s'agissant des objectifs d'intérêt général poursuivis par la réglementation nationale en cause au principal, il ressort des termes de l'article 37 du NMedienG lu en combinaison avec l'article 52, § 1<sup>er</sup>, du RStV, que cette réglementation vise à garantir le pluralisme dans les médias et la diversité de l'offre sur le réseau câblé analogique.

36. Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, l'objectif de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, du RStV est d'assurer une offre aussi large que possible sur le réseau câblé analogique ainsi que la diversité d'opinions dans une société pluraliste en tenant compte des particularités et des sujets régionaux. L'article 37 du NMedienG reprend un tel objectif et, notamment, son paragraphe 2 prévoit que l'élément déterminant pour l'établissement du classement des chaînes par ordre de priorité est leur contribution à la diversité de l'offre sur le câble et que, dans ce contexte, il convient de tenir compte des besoins en matière d'information sur le plan régional ou sur un territoire dépassant les limites du Land de Basse-Saxe.

37. À cet égard, il y a lieu de rappeler que le maintien du pluralisme qu'entend garantir la réglementation en cause au principal est lié à la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cette liberté figurant parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre ju-

ridique communautaire (voy. arrêts du 25 juillet 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007, point 23; du 3 février 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, *Rec.*, p. I-487, point 10; du 5 octobre 1994, TV10, C-23/93, *Rec.*, p. I-4795, point 19, et du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, C-250/06, *Rec.*, p. I-11135, point 41).

38. Partant, il convient d'admettre qu'une telle réglementation poursuit un objectif d'intérêt général, dès lors qu'elle vise à préserver le caractère pluraliste de l'offre des chaînes de télévision dans le Land de Basse-Saxe et qu'elle s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur de l'audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles et linguistiques, existant dans ce Land (voy., en ce sens, arrêt *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, précité, point 42).

39. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi demande, en premier lieu, si l'obligation imposée à Kabel Deutschland, prévue à l'article 37, § 1<sup>er</sup>, du NMedienG, d'intégrer les chaînes déjà diffusées par le DVB-T, aboutissant à l'utilisation de plus de la moitié des disponibilités de son réseau câblé analogique, présente un caractère proportionné au sens de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, seconde phrase, de la directive «service universel». Ainsi, cette juridiction se demande si une telle disposition est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi par celle-ci et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

40. L'objectif même de garantir une offre identique aux utilisateurs finals diffusée par les différents moyens de transmission s'oppose à ce que puisse être admise une obligation limitée de diffuser les chaînes, tenant compte de la circonstance que, dans certaines régions du territoire du Land de Basse-Saxe, les utilisateurs finals sont en mesure de capter les mêmes chaînes de télévision au moyen du réseau terrestre. De plus, cet objectif exige que le nombre de chaînes du réseau câblé analogique visé par l'obligation de diffuser corresponde au nombre de celles qui sont diffusées par voie terrestre. Ainsi, dans l'affaire au principal, l'obligation en cause, aboutissant à l'utilisation de plus de la moitié des chaînes disponibles peut s'avérer proportionnée, à défaut de mesures alternatives permettant d'at-

teindre l'objectif poursuivi de manière aussi efficace et eu égard au nombre de chaînes diffusées par voie terrestre ainsi qu'aux disponibilités du réseau câblé analogique.

41. Toutefois, pour éviter que le câblo-opérateur ne soit exposé à des obligations déraisonnables et arbitraires, il y a lieu de vérifier, d'une part, le fonctionnement du mécanisme instauré par la réglementation en cause au principal, qui effectue un renvoi aux chaînes diffusées par voie terrestre pour spécifier l'obligation de diffuser, et, d'autre part, les conséquences économiques qui en résultent pour le câblo-opérateur.

42. S'agissant du mécanisme de renvoi instauré par ladite réglementation, il convient de relever que la Cour a jugé, en interprétant l'article 49 CE, que le statut de *must carry* ne saurait être automatiquement accordé à toutes les chaînes de télévision diffusées par un même organisme privé de radiodiffusion, mais il doit être strictement limité à celles dont le contenu global des programmes est apte à réaliser un tel objectif. En outre, le nombre de canaux réservés aux organismes privés de radiodiffusion relevant dudit statut ne doit pas manifestement excéder ce qui est nécessaire pour réaliser cet objectif (voy. arrêt *United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*, précité, point 47).

43. Ainsi, il y a lieu d'examiner si le mécanisme de renvoi institué par la réglementation en cause au principal établit un tel automatisme.

44. Pour le réseau câblé analogique, l'article 37, § 1<sup>er</sup>, du NMedienG octroie le statut de *must carry* aux chaînes de télévision qui sont déjà diffusées par le DVB-T. Il ressort du dossier transmis à la Cour par la juridiction de renvoi que la sélection réalisée pour l'octroi de ce statut aux chaînes diffusées par le DVB-T est fondée sur des critères de pluralisme et de diversité d'opinions, conformément aux dispositions du NMedienG, la décision d'une telle sélection étant adoptée sur le fondement de ces critères par l'assemblée de la NLM qui est indépendante des pouvoirs publics et qui est composée, pour l'essentiel, de représentants de la société civile.

45. Par conséquent, le mécanisme de renvoi n'établit pas un automatisme tel que celui évoqué au point 42 du présent arrêt, mais constitue seulement un moyen technique afin d'assurer que les chaînes diffusées par voie terrestre et

ayant été, en vertu de leur contribution au pluralisme et à la diversité d'opinions, admises à ce moyen de diffusion soient également diffusées par le réseau câblé analogique.

46. S'agissant des conséquences économiques résultant des obligations imposées au câblo-opérateur, il convient d'examiner si celles-ci s'avèrent déraisonnables en raison du fait qu'elles sont de nature à empêcher ce dernier de les accomplir dans des conditions économiquement acceptables, eu égard, le cas échéant, à l'ensemble de ses opérations.

47. Cette appréciation relevant de la compétence de la juridiction de renvoi, il incombe toutefois à la Cour, selon une jurisprudence constante, de fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, qu'elle y ait fait ou non référence dans l'énoncé de ses questions (voy., notamment, arrêt du 11 septembre 2007, *Céline*, C 17/06, *Rec.*, p. I-7041, point 29).

48. Partant, dans son appréciation, si les obligations imposées au câblo-opérateur en vertu de la réglementation en cause s'avèrent déraisonnables, il appartient à la juridiction de renvoi de prendre en considération le fait que, d'une part, le câblo-opérateur est libre de confier les chaînes de son réseau à une utilisation analogique ou numérique, cette dernière n'étant pas soumise à un régime comparable, et que, d'autre part, l'article 31, § 2, de la directive «service universel» accorde la faculté aux États membres de déterminer une rémunération appropriée. À cet égard, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les obligations imposées sont de nature à rendre nécessaire l'octroi d'une telle rémunération.

49. La juridiction de renvoi demande, en second lieu, si l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» s'oppose à l'article 37, § 2, du NMedienG, au motif que celui-ci oblige l'autorité réglementaire compétente à établir, pour les disponibilités restantes et en cas de pénurie de chaînes, un classement des candidats selon un ordre de priorité qui conduit à l'utilisation de la totalité des chaînes disponibles sur le réseau câblé analogique.

50. Il ressort de l'article 37, § 2, du NMedienG que, en l'absence d'un nombre suffisant de chaînes sur le câble pour d'autres programmes de télévision, la NLM établit un classement par

ordre de priorité pour régler l'attribution d'une chaîne du câble aux programmes de télévision qui n'ont pas été pris en compte en vertu du paragraphe 1 de cet article. L'élément déterminant pour l'établissement de ce classement est, selon cette disposition, la contribution des différents programmes ou services à la diversité de l'offre sur le câble.

51. Il y a lieu d'admettre, à cet égard, que l'établissement d'un classement par ordre de priorité pour régler l'attribution des chaînes disponibles restantes du réseau câblé analogique, sur la base de la contribution des candidats à la diversité de l'offre sur ce réseau, est apte à garantir la réalisation des objectifs d'intérêt général visés par ladite disposition. En effet, une disposition nationale, telle que l'article 37, § 2, du NMedienG, constitue un moyen approprié pour atteindre l'objectif culturel visé, dès lors que, dans une telle situation, elle est de nature à permettre aux téléspectateurs de recevoir une offre pluraliste et diverse sur le réseau câblé analogique.

52. Quant à la question de savoir si la réglementation en cause au principal réalise ces objectifs de manière raisonnable et proportionnée, il y a lieu de rappeler que l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» n'instaure pas un droit, au profit du câblo-opérateur, de choisir les chaînes à diffuser, mais limite ce droit pour autant que celui-ci existe en vertu du droit national applicable.

53. Dans le cadre de la politique audiovisuelle, ladite réglementation confie, en cas de pénurie des chaînes disponibles par rapport à la demande des chaînes de transmission, à l'autorité compétente la mission de choisir les chaînes du câble analogique parmi les demandeurs, en fonction de la contribution de leurs programmes à la diversité de l'offre et aux besoins d'information du public, au lieu de permettre au câblo-opérateur lui-même d'effectuer son propre choix selon des considérations purement économiques. Ainsi, cet objectif peut rendre nécessaire que la totalité des chaînes disponibles soit, dans le cadre d'une procédure transparente et sauvegardant les droits du câblo-opérateur, utilisée pour la transmission des chaînes, afin d'accorder, dans la mesure du possible, au plus grand nombre de demandeurs le méritant en raison des chaînes diffusées, la possibilité de trouver accès au réseau câblé analogique.

54. Par conséquent, dès lors que les obligations imposées sont, dans

le cadre de la politique audiovisuelle nationale, nécessaires pour réaliser les objectifs de pluralisme et de diversité dans les médias, une telle réglementation ne saurait, en principe, être considérée comme disproportionnée.

55. Toutefois, s'agissant de l'éventuel caractère déraisonnable des conséquences économiques résultant des obligations instituées par la réglementation nationale à l'endroit du câblo-opérateur, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si ces conséquences sont de nature à empêcher ce dernier de les accomplir dans des conditions économiquement acceptables, eu égard, le cas échéant, à l'ensemble de ses opérations.

56. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux première, deuxième et quatrième questions que l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui impose au câblo-opérateur d'intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes et services de télévision qui sont déjà diffusés par voie terrestre, aboutissant ainsi à l'utilisation de plus de la moitié des chaînes disponibles sur ce réseau, et qui prévoit, en cas de pénurie de chaînes disponibles, un classement des candidats selon un ordre de priorité conduisant à l'utilisation de la totalité des chaînes disponibles dudit réseau, pour autant que ces obligations n'engendrent pas des conséquences économiques déraisonnables, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

[...]

*Sur les dépens*

70. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs,  
la Cour,  
dit pour droit:

1) L'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»),

doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui impose au câblo-opérateur d'intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes et services de télévision qui sont déjà diffusés par voie terrestre, aboutissant ainsi à l'utilisation de plus de la moitié des chaînes disponibles sur ce réseau, et qui prévoit, en cas de pénurie de chaînes disponibles, un classement des candidats selon un ordre de priorité conduisant à l'utilisation de la totalité des disponibilités dudit réseau, pour autant que ces obligations n'engendrent pas des conséquences économiques déraisonnables, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

2) La notion de «services de télévision», au sens de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/22, recouvre les services des organismes de radiodiffusion télévisuelle ou des fournisseurs de services de médias, tels que le télé-achat, pour autant que les conditions prévues à cette disposition sont réunies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier.

## Note

La Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 22 décembre

2008 l'arrêt *Kabel Deutschland*<sup>(1)</sup>, où pour la première fois, elle se prononce sur les obligations de diffuser (*must carry*), telles qu'elles sont imposées par l'article 31 de la directive «service universel»<sup>(2)</sup>. La Cour de justice avait déjà eu l'occasion d'examiner ces obligations de diffuser en son arrêt *United Pan-Europe Communications Belgium* e.a.<sup>(3)</sup>, mais cette fois sur la base de l'article 49 du Traité CE, dans le cadre d'un recours en interprétation introduit par le Conseil d'État belge<sup>(4)</sup>. Bien que l'analyse de la Cour de justice s'exerce sur la base de deux dispositions différentes, il ressort de la comparaison de ces deux arrêts que les obligations proportionnées au sens de la directive «service universel» font clairement référence à la *rule of reason* de la libre circulation des services garantie par l'article 49 du Traité CE.

### 1. Le litige au principal et les questions préjudicielles dans l'affaire Kabel Deutschland

Le 19 septembre 2005, l'Office du Land de Basse-Saxe pour la radiodiffusion privée<sup>(5)</sup> a pris la décision d'attribuer les chaînes du réseau câblé analogique à des organismes de radiodiffusion<sup>(6)</sup>, conformément à l'article 37 de la loi régionale sur les médias<sup>(7)</sup>.

Dans un premier temps, il a attribué dix-huit chaînes à des organismes

de radiodiffusion dont les chaînes avaient déjà été qualifiées de «chaînes spécifiées» – puisqu'elles étaient déjà diffusées par le DVB-T<sup>(8)</sup> – ainsi qu'une chaîne à la «télévision des citoyens» (article 37, § 1<sup>er</sup>). Dans un second temps, il a attribué les treize chaînes restantes en établissant un classement par ordre de priorité des différents organismes de radiodiffusion (article 37, § 2).

En conséquence, les trente-deux chaînes disponibles du réseau câblé analogique appartenant à la société Kabel Deutschland ont toutes été attribuées aux organismes de radiodiffusion. Suite à l'utilisation totale de son réseau, le câblo-opérateur mécontent a introduit un recours contre la décision du NLM devant le tribunal administratif de Hanovre. Celui-ci s'est interrogé sur la compatibilité de l'article 37 de la NMedienG avec l'article 31 de la directive «service universel»<sup>(9)</sup>, qui impose que les obligations de diffuser soient «raisonnables», «nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis», «proportionnées et transparentes».

Dès lors, afin de pouvoir trancher le litige qui lui était soumis, le tribunal administratif de Hanovre a estimé nécessaire de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice, que celle-ci a reformulées de la façon suivante<sup>(10)</sup>: «l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la

(1) C.J.C.E., 22 décembre 2008, *Kabel Deutschland c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, C-336-07. Les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes sont consultables à l'adresse suivante: <http://curia.europa.eu>. Cette décision sera identifiée ci-après comme «C.J.C.E., Kabel Deutschland».

(2) Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, J.O. L 108, p. 51.

(3) C.J.C.E., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium c. État belge*, C-250/06. Cet arrêt sera identifié ci-après comme «C.J.C.E., UPC Belgium e.a.».

(4) C.E., 17 mai 2006, *UPC Belgium* e.a., n° 158.928. Les arrêts du Conseil d'État sont consultables à l'adresse suivante: <http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=caselaw>.

(5) *Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, en abrégé NLM.

(6) En Allemagne, l'attribution des chaînes des réseaux câblés analogiques est réglée par les législations des *Länder*

(*Landesmediengesetze*), qui précisent chacune de quelle manière et dans quel ordre les différentes chaînes sont attribuées aux organismes de radiodiffusion. La décision d'attribution, qui doit s'inscrire dans le respect de ces dispositions légales, est confiée aux autorités administratives compétentes, instituées dans chaque *Land* (*Landesmedienanstalten*). Selon l'article 52, § 1<sup>er</sup>, du Traité d'État relatif à la radiodiffusion et les télémedias, «[l]a retransmission simultanée et sans aucune modification des programmes de télévision qui peuvent être captés sur tout le territoire de la République fédérale et qui sont diffusés de manière légale en Europe et conformément à la convention européenne sur la télévision transfrontière est autorisée par la législation des *Länder* dans le cadre des possibilités techniques existantes. (...) Les détails, notamment le classement des candidats selon un ordre de priorité lors de la répartition des possibilités d'utilisation des chaînes câblées, sont réglées par la législation des *Länder*»: *Achter Rundfunkänderungsstaatsvertrag* vom 8./15.10.2004 (Nds. GVBl. S. 61, 62) – RSrV. Pour plus de détails concernant le fonctionnement du système allemand, veuillez consulter P. VALCKE,

*Digitale diversiteit – Convergentie van media-, telecommunicatie- en mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, p. 341 et les réf. citées.

(7) *Niedersächsisches Mediengesetz*, en abrégé NMedienG.

(8) Abréviation de «Digital Video Broadcasting – Terrestrial».

(9) VG Hannover, Bescheid vom 14 juni 2007, À 7 5462/06. La décision peut être consultée à l'adresse suivante: <http://www.dbovg.niedersachsen.de/Entscheidung.asp?Ind=0520020060054627%20A>.

(10) Dans le cadre de cette note, on ne traitera pas la troisième question posée par la juridiction de renvoi, qui concerne la qualification d'un service télé-média tel que le télé-achat comme service de télévision au sens de l'article 31 de la directive «service universel». Selon la Cour, «la notion de "service de télévision", au sens de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/22, recouvre les services des organismes de radiodiffusion télévisuelle ou des fournisseurs de services de médias, tels que le télé-achat, pour autant que les conditions prévues à cette disposition sont réunies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier».



directive service universel doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui d'une part, oblige le câble-opérateur à intégrer dans son réseau câblé analogique les chaînes et services de télévision qui sont déjà diffusés par voie terrestre, aboutissant ainsi à l'utilisation de plus de la moitié des chaînes sur ce réseau et d'autre part, en cas de pénurie de chaînes, impose un classement des candidats selon un ordre de priorité qui conduit à l'utilisation de la totalité des chaînes disponibles dudit réseau?»<sup>(11)</sup>.

Afin de vérifier ladite compatibilité, la Cour de justice a examiné les différentes conditions posées par l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel». Les deux premières conditions – à savoir un nombre significatif d'utilisateurs finals utilisant les réseaux de communications électroniques comme moyens principaux pour recevoir des émissions de télévision<sup>(12)</sup> et les chaînes spécifiées<sup>(13)</sup> – sont considérées comme remplies par la Cour, et ne nécessitent pas ici de plus amples développements.

Par contre, c'est l'examen de la proportionnalité des obligations imposées au regard de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la directive «service universel» qui soulève les questions les plus intéressantes: Les obligations imposées sont-elles nécessaires pour la mise en œuvre des objectifs d'intérêt général? Comment définir ces objectifs d'intérêt général? Et n'y a-t-il pas d'autres moyens pour garantir au consommateur une offre identique?

## 2. Retour sur l'affaire *UPC Belgium e.a.*

Dans le domaine du *must carry*, ces questions relatives à la proportionnalité

et à la définition des objectifs d'intérêt général avaient déjà été examinées par la Cour de justice en son arrêt *UPC Belgium e.a.* rendu le 13 décembre 2007<sup>(14)</sup>.

Les faits étaient les suivants: deux arrêtés ministériels du 17 janvier 2001 et du 24 janvier 2002<sup>(15)</sup> avaient désigné les organismes de radiodiffusion visés à l'article 13, 2<sup>e</sup> tiret de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale<sup>(16)</sup>. Étant dès lors contraints de diffuser les programmes de télévision émis par les organismes privés de radiodiffusion désignés, quatre câble-opérateurs<sup>(17)</sup> avaient introduit un recours en annulation devant le Conseil d'État. Celui-ci décida alors de poser plusieurs questions préjudicielles portant sur l'interprétation des articles 49 et 86<sup>(18)</sup> du Traité CE<sup>(19)</sup>.

Précisons que, dans le cadre de cette affaire *UPC Belgium e.a.*, la Cour a analysé la compatibilité de la réglementation nationale au regard de l'article 49 du Traité CE. Il ne s'agit donc pas de l'interprétation de l'article 31 de la directive «service universel» puisque le recours en annulation introduit devant le Conseil d'État concernait deux arrêtés qui avaient été adoptés avant l'entrée en vigueur de la directive<sup>(20)</sup>.

## 3. Test de proportionnalité

Dans l'affaire *Kabel Deutschland*, la Cour de justice centre d'abord son analyse sur les objectifs d'intérêt général<sup>(21)</sup>, avant d'examiner si ces dispositions sont aptes à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et si elles ne vont

pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs<sup>(22)</sup>.

La Cour de justice effectue donc un test de proportionnalité similaire à celui de l'arrêt *UPC Belgium e.a.* où, après avoir constaté que la réglementation nationale constituait une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE, la Cour avait considéré qu'une telle restriction à une liberté fondamentale garantie par le Traité pouvait être justifiée «dès lors qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre»<sup>(23)</sup>.

Il n'y a rien de surprenant à ce que la Cour de justice examine les obligations de diffuser (*must carry*) imposées par l'article 31 de la directive «service universel» sur la base de conditions quasi identiques à celles développées dans sa jurisprudence relative aux entraves à la libre circulation des services. En effet, les obligations proportionnées au sens de la directive «service universel» font clairement référence à la *rule of reason* de la libre circulation des services telle que celle-ci est garantie par l'article 49 du Traité CE<sup>(24)</sup>.

Quels sont alors ces objectifs d'intérêt général? La Cour de justice considère, tant en son arrêt *UPC Belgium e.a.* qu'en son arrêt *Kabel Deutschland* que le «maintien du pluralisme» qu'entend garantir la réglementation en cause est «lié à la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la Convention», cette liberté figurant parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire<sup>(25)</sup>. Dès lors, il convient de considérer qu'une telle réglementation

(11) C.J.C.E., *Kabel Deutschland*, § 19.

(12) *Idem*, § 23: «le réseau câblé analogique remplit cette dernière condition étant donné que, en Allemagne, ce mode de transmission atteindrait environ 57% des ménages et constituerait donc le moyen de transmission le plus utilisé».

(13) *Idem*, §§ 24-26.

(14) Pour un examen du litige au principal, des questions préjudicielles et des réponses données par la Cour de justice, veuillez consulter P. VALCKE, note sous C.J.C.E., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a. c. État belge*, C-250/06, A&M, 2008/1, p. 71.

(15) M.B., 2 février 2001 et M.B., 24 janvier 2002.

(16) Loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques et services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, M.B., 22 février 1996.

(17) United Pan-Europe Communications Belgium s.a. (à laquelle a succédé Télénét Belgium), Coditel Brabant s.p.r.l., Société intercommunale pour la diffusion de la télévision (Brutélé), Wolu TV a.s.b.l.

(18) Les deux questions relatives à l'interprétation de l'article 86 ont été déclarées irrecevables et ne seront pas examinées dans le cadre de cette note.

(19) C.E., arrêt n° 158.928 du 17 mai 2006, *UPC Belgium e.a. c. État belge*.

(20) P. VALCKE, note sous C.J.C.E., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e.a. c. État belge*, C-250/06, A&M, 2008/1, p. 72.

(21) C.J.C.E., *Kabel Deutschland*, § 38.

(22) *Idem*, § 39 et §§ 51-52.

(23) C.J.C.E., *UPC Belgium e.a.*, § 39.

(24) J. CAPIAU, «Een Europese vinger in de Belgische *must carry* pap», A&M, 2002/5, p. 394 et les arrêts cités: C.J.C.E., 26 février 1991, *Commission c. France*, C-154/89; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Säger*, C-76/90; C.J.C.E., 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92; C.J.C.E., 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94.

(25) C.J.C.E., *UPC Belgium e.a.*, § 41 et C.J.C.E., *Kabel Deutschland*, § 37.



poursuit un objectif d'intérêt général, si elle vise, d'une part «à préserver le caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision»<sup>(26)</sup> et, d'autre part, «qu'elle s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur de l'audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, linguistiques, (...)» de cette région.

De telles réglementations sont-elles alors aptes à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ce, de manière raisonnable et proportionnée? Dans les deux arrêts, la réponse apportée par la Cour est positive, si toutefois certaines conditions sont remplies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Ainsi, la Cour de justice décide en son arrêt *Kabel Deutschland* que la réglementation du *must carry* peut être considérée comme proportionnée, à la condition que les conséquences économiques imposées au câblo-opérateur ne s'avèrent pas déraisonnables en raison du fait qu'elles seraient «de nature à empêcher ce dernier de les accomplir dans des conditions économiquement acceptables»<sup>(27)</sup>. En ce qui concerne l'affaire *UPC Belgium* e.a., la Cour de justice relève que les obligations imposées seront considérées comme proportionnées, s'il est vérifié que les modalités d'application relèvent d'une procédure transparente fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance. En effet, la Cour a considéré que l'octroi du *must carry* doit relever «d'une procédure transparente fondée sur des critères connus à l'avance des organismes de radiodiffusion» et qu'il doit «être fondé sur des critères objectifs qui sont propres à garantir le pluralisme» et «non discriminatoires»<sup>(28)</sup>.

De l'analyse de ces deux arrêts, il ressort que cette dernière condition, selon laquelle la réglementation nationale ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire – c'est-à-dire le principe de proportionnalité *sensu stricto*<sup>(29)</sup> – est toujours la plus délicate à vérifier. La Cour de justice laisse donc l'évaluation

finale de la proportionnalité à la juridiction nationale, ce qui est courant dans le cadre de renvois préjudiciels<sup>(30)</sup>.

#### 4. Renvoi à la juridiction nationale

La décision de la juridiction de renvoi est déjà connue en Belgique, puisque le Conseil d'État a décidé en son arrêt du 14 juillet 2008<sup>(31)</sup> que la condition posée par la Cour de justice, relative à l'existence de critères transparents, objectifs et connus à l'avance n'était pas remplie. En conséquence, il a annulé les deux actes attaqués.

Entre-temps, le législateur fédéral avait déjà revu sa copie en adoptant le 16 mars 2007 une loi relative à la modification de la loi du 30 mars 1995, et qui transpose le paquet de directives relatives aux réseaux et services de communications électroniques<sup>(32)</sup>. Désormais, les objectifs visés par le *must carry*, soit la garantie du pluralisme et la diversité culturelle sont inscrits à l'article 13 de la loi du 30 mars 2005, qui prévoit également que la désignation des chaînes bénéficiant du *must carry* est effectuée par arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

Il était clair qu'une réforme intégrant les exigences communautaires s'imposait et que la nouvelle réglementation devait prévoir que l'attribution de statut de *must carry* soit motivée au regard d'objectifs clairement définis et selon une procédure transparente. Malgré ces améliorations apportées au cours de la procédure, les deux arrêts ont été annulés car les parties requérantes avaient conservé un intérêt à l'annulation des actes attaqués, qui leur avaient été appliqués<sup>(33)</sup>.

En Allemagne, la balle est toujours dans le camp du tribunal administratif de Hanovre, à qui il appartient de vérifier si les obligations imposées au câblo-opérateur n'engendrent pas des conséquences économiques déraisonnables.

E. Defreyne<sup>(34)</sup>

## Grondw. Hof 12 februari 2009

Zetel: Bossuyt en Melchior (voorz.), Martens, Heneuse, De Groot, Lavrysen, Alen, Snappe, Moerman, De Rycke, Spreutels en Merckx-Van Goey

Arrest nr. 17/2009

Antiracismewet –  
Antidiscriminatiewet  
– Genderwet – Vrijheid  
van meningsuiting –  
Strafbaar aanzetten tot haat,  
geweld en discriminatie –  
Verspreiden van denkbeelden  
die zijn gebaseerd op  
rassuperioriteit of rassenhaat

*De strafbaarstelling van aanzetten tot discriminatie, segregatie, haat of geweld (art. 20 Antiracismewet, art. 22 Algemene Antidiscriminatiewet en art. 27 Genderwet) is niet in strijd met de pers- en expressievrijheid. Uit de rechtspraak van het Europees Hof en van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens blijkt bovendien dat haatdragende uitspraken, in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden, geen bescherming genieten onder art. 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De term «aanzetten tot» geeft op zich aan dat de strafbaar gestelde handelingen verder gaan dan louter informatie, ideeën of kritiek. Door de vereiste dat er sprake moet zijn van een bijzondere wil aan te zetten tot discriminatie, segregatie, haat of geweld, wordt uitgesloten dat, indien geen sprake is van zulk een aanzet-*

(26) C.J.C.E., *UPC Belgium* e. a., § 42 et C.J.C.E., *Kabel Deutschland*, § 38.

(27) C.J.C.E., *Kabel Deutschland*, §§ 46 et 55.

(28) C.J.C.E., *UPC Belgium* e.a., §§ 46-48.

(29) J. CAPIAU, *op. cit.*, p. 395.

(30) Conclusions de l'avocat général M.M. Poiares Maduro, 25 octobre 2007,

*United Pan-Europe Communications Belgium* e.a. c. *État belge*, C-250/06, § 15.

(31) C.E., 14 juillet 2008, *UPC Belgium* e.a., n° 185.399.

(32) Article 6 de la loi du 16 mars 2007 relative à la modification de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la Région bilingue

de Bruxelles-Capitale ainsi que la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, M.B., 5 avril 2007.

(33) C.E., 14 juillet 2008, *UPC Belgium* e.a., n° 185.399, pp. 4-5.

(34) Assistante F.U.N.D.P. – C.R.I.D., avocate.